Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

IV.

Ueber die exceptio non adimpleti contractus und das Retentionsrecht bei gegenſeitigen Verträgen.

Von Herrn C. W. Schenck, Hofadvocat zu Weimar.

§. 1.

Vorwort.

So viel Richtiges und Scharfſinniges der Herr Verfaſſer der Abhandlung im Archive für civ. Praxis Bd. VII. S. 335 fg. über den Gegenſtand ſeiner Unterſuchung (insbeſondere über die Verhältniſſe zwiſchen der exceptio non adimpleti und non rite adimpleti contractus) im Einzelnen geſagt hat, ſo halte ich mich doch überzeugt, daß Hr. Heerwart zu weit gegangen ſey, wenn er behauptet: „die Beziehung auf die geſchehene Erfüllung des zweiſeitigen Vertrages von Seiten des Klägers gehöre niemals zum Grunde der Klage, ſondern bilde in allen Fällen nur eine Replik des Klägers gegen die, ein Retentionsrecht geltend machende Einrede des nicht erfüllten Vertrages.“ Obſchon ich nicht zuſtimmen kann, wenn die ältern ſowie die neuern Rechtslehrer [1] im Widerſpruche mit Herrn Heerwart ganz allgemein ohne Einſchränkung behaupten: „bei zweiſeitigen Verträgen ſey

1) Klüber kl. juriſtiſche Bibl. Bd. VI. S. 92. Bülow und Hagemann pract. Erört. I. Erört. 23. Zanger tract de except. tract. III. Cap. 20. de exceptione implementi. S. 541. 542. Quiſtorp rechtl. Bem. Leipz. 1798. Bd. II. Bem. 53. Mackel, dey Lehrb. des heut. R. R. §. 572. Glück Com. Bd. 17. S. 227. col. Bd. 4. S. 290. Thibaut Syſt. §. 169. 170.

die Leiſtung des einen Contrahenten immer von der Leiſtung des andern bedingt; es ſey daher [2]) bei zweiſeitigen Verträgen für die Statthaftigkeit der Executivklage überall nothwendig, daß der Executivkläger die von ſeiner Seite geſchehene Vertragserfüllung ſofort bei der Klage nach den Regeln des Executivprozeſſes liquid mache", ſo vermag ich mich auf den Grund der hier einſchlagenden Geſetzſtellen des römiſchen Rechtes doch auch nicht zu der referirten Heerwartſchen Anſicht zu überreden. Meiner Ueberzeugung nach muß die Sache folgendergeſtalt beurtheilt werden.

Abſchnitt I.

Ueber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Cap. I.

Allgemeine Demonſtrationen aus dem Weſen der Verträge und den Grundſätzen über Klagfaſſung.

§. 3.

Verſchiedene Arten zweiſeitiger Verträge.

Betrachtet man die Sache zunächſt — ohne Rückſicht auf die hieher bezogenen, von Hrn. Heerwart beurtheilten, geſetzlichen Vorſchriften — im Allgemeinen nach der Natur der Verträge, ſo ſieht man, erwogen, daß der Inhalt aller Verträge ſich nach der Willensmeinung der Paciscenten beſtimmt, doch in der That nicht ein, warum es bei zweiſeitigen Verträgen jedesmal der Wille der Paciscenten ſeyn oder nicht ſeyn ſolle, die Verbindlichkeiten zu den Leiſtungen des einen Contrahenten von der Erfüllung der Pflichten auf Seiten des andern abhängig zu machen.

---

2) cf. Martin Lehrb. des Proz. ed. 6. §. 239. not. q. — ed. 10. §. 250. not. b. Linde Lehrb. des Civilproz. §. 360. not. 10. et citt. scriptores.

In der Freiheit des Willens der Contrahenten ſind folgende Arten zweiſeitiger Verträge begründet.

Classis A. Jeder Theil ſolle dem andern etwas leiſten, ohne daß die Pflicht dazu von der Leiſtung des Gegentheiles bedingt werde. Die Leiſtungspflicht ſolle vielmehr in dieſem Bezuge auf beiden Seiten völlig unbedingt ſeyn.

Classis B. Beide Contrahenten ſollen einander gegenſeitig Leiſtungen machen, es ſolle jedoch die Pflicht dazu auf beiden Seiten nur dann eintreten, wenn jeder Theil ſeine Leiſtungspflicht gegen den andern erfüllt.

Classis C. Ein Theil ſolle dem andern etwas leiſten, jedoch nicht früher, als bis der andere ihm etwas voraus geleiſtet hat, in welchem Falle beide Leiſtungen als Vorleiſtung und Nachleiſtung einander gegenüber ſtehen.

Der Fall gleichzeitiger Leiſtung von beiden Theilen wird nach der Art des Vertrages entweder unter Class. A. oder Class. B. gehören, niemals unter Class. C., welche eben nur ſucceſſive Leiſtungen vor Augen hat.

Daß die Willensmeinung der Paciscenten bei zweiſeitigen Verträgen auf die unter Classis B. und C. angegebene Weiſe verſchieden geeigenſchaftet ſeyn könne, iſt unſtreitig und durch die Fälle des Tauſchcontractes und Miethvertrages belegt, von denen der erſtere zu Class. B. und der letztere zu Class. C. gehört, da bei dem Tauſchvertrage jeder Contrahent dem andern auf gleiche Weiſe zur Uebereignung des Tauſchobjectes verbunden, und, was pretium und was merx ſey, gar nicht zu erkennen iſt [3]; der Vermiether aber regelmäßig durch die Ueberlaſſung der vermietheten Sache an den Miether zur Benutzung die Vorleiſtung zu machen hat, ehe der Miether zur Nachleiſtung der Zahlung der Miethe verpflichtet wird [4]. Was ferner die Classis A. zweiſeitiger Verträge betrifft, ſo folgt die Möglichkeit

3) cf. l. 1. pr. D. de rer. permut. 19, 4. l. 15. §. 2. D. de eod.
4) l. 24. §. 4. l. 60. D. locat. 19, 2.

derſelben unwiderleglich daraus, daß Contracte dieſer Art denkbar ſind, und daß alles Denkbare, was ausdrücklichen Prohibitivgeſetzen nicht widerſtreitet, auch der Inhalt eines mutuus consensus paciscentium werden kann. Beiſpiele hierzu liefern uns der Societätscontract, insbeſondere die modernen Erwerbsgeſellſchaften in Prari tagtäglich [5], auch geben oft Leiſtungen aus Vergleichen Belege an die Hand, wenn beide Theile darin gegenſeitige Leiſtungen übernehmen, ohne die Pflicht dazu dem Vertrage zu Folge [6] von der Erfüllung des andern Contrahenten abhängig zu machen. Das Daſeyn von Verträgen der Class. A. erkennt ausdrücklich an: Schweppe röm. Privatrecht ed. IV., fortgeſetzt von Dr. Wilh. Meyer. Göttingen 1831. Bd. III. §. 427. princ.

§. 3.

Klaggrund bei den §. 2. aufgeſtellten verſchiedenen Arten zweiſeitiger Verträge.

Fragt man: „was bei den im §. 2. claſſificirten Verträgen zu dem Grunde der von dem einen Contrahenten auf Erfüllung gegen den andern gerichteten Klage zu rechnen ſey?“ ſo kann man begreiflich in den Fällen der Classis A. die von dem Kläger geſchehene Erfüllung als präjudiciell für die Leiſtungspflicht des Beklagten nicht betrachten; das Klagrecht des einen Contrahenten auf Erfüllung gegen den andern iſt vollkommen ſchon in dem gegenſeitigen Verſprechen, zu erfüllen, enthalten und exiſtent geworden, ſobald nur die vertrags- oder ſonſt ordnungsmäßige

5) cf. Dr. Georg Carl Treitſchke, die Lehre von der Erwerbsgeſellſchaft nach Röm., Oeſterreich., Preuß., Sächſ. und Franzöſ. Rechten. Leipzig 1825.

6) Ich meine den Willen der Partheien, nicht dem zu Folge, wie die Juriſten die Wirkung dieſes Willens nach ihrem Grundſatze gegenſeitiger Bedingtheit der zweiſeitigen Leiſtungen beſtimmen.

Zeit zur Erfüllung erfüllungslos verſtrichen, überhaupt die Forderung eine betagte geworden iſt.

Obſchon nun zwar mehrere Rechtslehrer *) bei allen zweiſeitigen Verträgen, wenn etwas anderes hinſichtlich der Zahlungszeit nicht bedungen worden iſt, den Verzug ſofort mit der von dem einen Theile geſchehenen Leiſtung für den andern, welcher noch nicht leiſtete, als ex lege begründet annehmen — eine Annahme, nach welcher in ſolchen Fällen die Erfüllung von Seiten des Klägers allerdings auf die Klagbarkeit der Forderung unbeſchränkt einwirkend erſcheint — ſo muß ich doch mit Rückſicht auf die Geſetze **) die dieſer Annahme widerſprechende Lehre einiger Schriftſteller ***) um ſo mehr für die richtigere anſprechen, als es wohl auch Billigkeitsgründe geben kann, die Pflicht zur Zinſenzahlung, ohne Rückſicht auf mora, ſchon oder erſt von der auf der einen Seite geſchehenen Erfüllung abhängig zu machen, während dennoch die Pflicht der Leiſtung nichts deſtoweniger noch nicht, oder früher ſchon betagt geweſen ſeyn kann 7).

Fehlt es demnach in den Fällen der Class. A. der betagten Klagforderung als ſolcher darum, weil etwa der Kläger ſeine Contractspflichten noch nicht erfüllte, durchaus nicht an einem verbindlichen Klaggrunde, ſo geſtaltet ſich

---

*) z. B. Thibaut Syſt. §. 105. Glück Comm. Bd. 18. S. 128. §. 1070.

**) l. 5. Cod. de. act. emt. 4, 49. coll. lege 3. Cod. in quibus caus. in integr. 2, 41. l. 13. Cod. 4. 49. Fragm. Vaticana erait. Ang. Majus. Berolin. 1824. §. 2. S. 1.

***) Schömann in ſeinen Fragmenten aus ſ. civ. und crim. Vorleſungen §. 13. S. 43. und v. Wening-Ingenheim l. 1. III. §. 102.

7) l. 13. §. 20. 21. D. de act. emt. 19, 1. l. 2. Cod. de usuris. 4, 32. Quistorp l. l. S. 193. Schweppe röm. Priv. R. ed. I. p. Bd. III.. §. 463.

doch die Sache rücksichtlich der Verträge der Class. B. und C. allerdings anders.

Berücksichtigt man nämlich, daß alles dasjenige, und resp. nur alles dasjenige zum Grunde der Klage gehört, an dessen Vorhandenseyn die Gesetze die Entstehung der klagbar zu machenden Forderung geknüpft haben [8] [9]; und daß consequenter Weise zu der Schlüssigkeit des Klagvortrages die Erwähnung eines Actes gerechnet werden muß, aus welchem dem Vertrage zufolge erst die Verbindlichkeit des Verklagten fließt, so erhalten wir zur Beantwortung der Eingangs dieses §. gestellten Frage folgende sich hieraus von selbst vertheidigende Sätze: man muß

1) in den Fällen der Classis A. die Klage, obschon sie der klägerischer Seits geschehenen Vertragserfüllung nicht gedenkt, dennoch, wenn sie aus andern Gründen nicht unschlüssig ist, als schlüssig angebracht betrachten;

2) in den Fällen der Classis B. aber allemal zu dem Klaggrunde die von dem Kläger geschehene, oder mindestens unter der Bedingung der von dem Gegner erfolgenden Leistung angebotene [10] Vertragserfüllung mit hinzurechnen; so wie auch

3) in den Fällen der Classis C. dieser Contracte dann die klägerische Pflichtserfüllung zu dem Klaggrunde mit gehört, und deshalb in dem Klaglibelle, sey es nun als re

---

8) Heerwart führt l. l. S. 340 und 348 sub a. diese Prozeßwahrheit selbst an, ist jedoch hinsichtlich der Anwendung dieses Grundsatzes und der Beurtheilung dessen, was bei Bilateralcontracten Klaggrund sey, meiner Ansicht nach nicht der richtigen Meinung.

9) cf. Martin Lehrb. des Prozesses. ed. 10. §. 88. coll. § 115. (früh. ed. §. 85. coll. §. 153.) Linde l. l. §. 152.

10) Warum des Erbietens zur Gegenleistung nur hier Erwähnung geschieht, und wie dasselbe geschehen müsse, wird später, wo ich von der Wirkung eines solchen Erbietens sprechen werde, völlig deutlich werden.

vera geſchehen, oder (bei der jenſeitigen mora accipiendi) als per fictionem juris für geſchehen anzunehmen, mit erwähnt werden muß, ſobald der Kläger dem Vertrage nach die Pflicht der Vorleiſtung hatte [11]). Zwiſchen Nichterfüllung und nicht gehöriger Erfüllung des Vertrages kann in beiden Fällen Nro. 2. u. 3. kein Unterſchied ſeyn, da auch die nicht gehörige Erfüllung einen Mangel an demjenigen umfaßt, was erſt das Klagrecht begründet. Glück Com. Bd. XVII. §. 1043. S. 236. bis 238. Heerwart l. 1. S. 353 sq.

4) Iſt endlich in den Fällen der Classis C. der Kläger derjenige, welcher nur die Nachleiſtungspflicht beſitzt, und die Vorleiſtung einfordert, ſo kann begreiflich von ihm vernünftiger Weiſe nicht gefordert werden, er müſſe, wenn er ein verbindliches Klagrecht anbringen wolle, ſeine Pflichten, die ja eben nur Nachleiſtungspflichten ſind, als erfüllt in der Klage behaupten und nachweiſen.

Der Einwand des Herrn Heerwart l. l. S. 341. aus l. 1. §. 2. D. de rer. permut. und §. 1. Inst. de obl. ex consensu gegen die sub 2. und 3. vorgetragenen Sätze, und gegen den ſich aus ihnen ergebenden Schluß, daß die Beziehung auf die Nichterfüllung des Vertrages von Seiten des Klägers nur die Ableugnung eines zum Klaggrunde gehörigen Umſtandes, folglich keine eigentliche Einrede bildet, ruht auf der Verkennung des Unterſchiedes zwiſchen Realvertrag

---

11) cf. Schweppe's Ausgabe IV. des röm. Privatrechts. Göttingen 1828. Bd. I. §. 166. S. 369. col. §. 427. Bd. III. Gött. 1831. Das Recht des Klägers zur Cautionsforderung, deſſen Schweppe §. 427. gedenkt, iſt nicht eine Folge der Zweiſeitigkeit des Vertrages, ſondern die Eigenſchaft der Nachleiſtung als modus der Vorleiſtung, deſſen Erfüllung die von Schweppe cit. l. 58. §. 2. D. locati, 19, 2. durch satisdatio geſichert verlangt. cf. l. 40. §. 5. D. de cond. et dem. 35, 1. Glück Com. IV. §. 336. S. 468., welcher die von Schweppe cit. l. 58. §. 2. D. locati 19, 2. mit Recht von einer Leiſtung sub modo verſteht.

und einem potestativ bedingten Consensualcontracte. Wenn nämlich Verträge, bei denen die Fälligkeit der Pflicht des einen Contrahenten von der Erfüllung eines Umstandes auf Seiten des andern abhängig gemacht wurde, in die Sphäre der Realverträge herübergreifen sollen, so sind auch alle unter einer Potestativbedingung gegebenen Versprechen, die ja auch nur durch die Erfüllung der Bedingung von Seiten des bedingt Berechtigten [12]) erfolgbar werden, Realverträge. Daß sie es nicht sind, hiervon liegt der Grund in dem Umstande, daß nicht die Gültigkeit und Verbindlichkeit des Consensualvertrages als Vertrages, sondern nur die Fälligkeit der jenseitigen Pflicht von der Erfüllung der Bedingung des bedingt Berechtigten abhängt, daher auch diese Bedingung als Schilderung der Fälligkeit der Klagforderung zu dem wesentlichen Klaggrunde auf Seiten des bedingt Berechtigten mit gehört. Man vergesse dabei nicht, daß nach der richtigen Ansicht die Beziehung auf eine Suspensivbedingung nicht eine Einrede, sondern nur eine Ableugnung des Klaggrundes bildet [13]). Man muß hinzunehmen, daß es doch unbestreitbar dem Wesen der Consensualverträge gar nicht entgegenläuft, zu contrahiren, die Verbindlichkeit des Einen Contrahenten solle erst dann fällig werden, wenn der andere Contrahent seine Vertragspflichten geleistet habe. Der Unterschied zwischen Consensualvertrag und Realvertrag äußert sich hier nur darin, daß aus einem solchen Consensualvertrage auch ohne Erfüllung von einer Seite schon klagbare Verbindlichkeiten entspringen (z. B. auf die Erfüllung des Vorleistenden, überhaupt auf Anerkennung der Gültigkeit des Vertrages, geklagt werden kann), ein Realvertrag aber nur erst durch die Leistung von der einen Seite

12) cf. Schweppe l. l. §. 116. No. II. lit. B. S. 252.

13) Hasse im Rhein. Mus. für Jurisprudenz. III. Jahrg. I. Heft. Abth. VII. S. 134—144.

gültige und klagbare Verbindlichkeiten erzeugt. Schweppe l. l. §. 448.

Es bedarf wohl kaum der Erinnerung, daß die vorhin sub 1. 2. 3. 4. vorgetragenen Grundsätze nicht blos entscheiden, ob die gegnerische Erfüllung zum Klaggrunde gehöre, wenn es sich von einer Klage auf Vertragserfüllung aus einem noch gar nicht in Vollzug gekommenen Contracte handelt; sondern daß nach ihnen jene Frage auch bei denjenigen Klagen zu beurtheilen sey, welche im Falle fortdauernder gegenseitiger Vertragspflichten die in das Stocken gekommenen jenseitigen Leistungen begehren, während der Kläger selbst seine Leistungen rückständig werden ließ; eine Erscheinung, die in praxi vorzüglich häufig bei Pachtverträgen zur Entscheidung kommt. Ebenso entspricht es ganz den hier vorgetragenen, aus dem Streben nach rationeller Sichtung der Vertragsverhältnisse in ihren thatsächlichen Eigenthümlichkeiten hervorgegangenen Grundsätzen, wenn Schweppe l. l. §. 427. lehrt, daß in dem Falle mehrerer Gegenstände, oder mehrerer leistungspflichtigen Contrahenten auf einer Seite, das Geschäft dann als mehrere einzeln für sich bestehende Verträge zu betrachten, und die exc. non impl. contr. nur auf jede einzelne Leistung ohne Verbindung mit den übrigen zu beziehen sey, wenn für gewisse Theile der Leistung abgesonderte Theile der Gegenleistung verabredet worden sind; daß aber dann, wenn die Leistung als Eine zusammengehörige zu betrachten ist, welcher die Gegenleistung im Ganzen entsprechen soll, die exc. n. impl. contr. solange Platz greife, solange der Kläger nicht alle, die gegenseitige Leistungspflicht bedingende, Leistungen erfüllt habe. Bestehen im erstern Falle für einzelne Leistungen keine, sie bedingenden Gegenleistungen, so ist hinsichtlich ihrer das Verhältniß nach den Grundsätzen über die exc. n. impl. contr. bei Verträgen der Class. A. zu beurtheilen; was auch im 2ten Falle geschehen muß, sobald die Gegenleistungen auch hier sich nicht

bedingen. Man vergl. hierher auch noch Heerwart l. l. S. 354. 355.

§. 4.

Art und Zeit der Rüge des nicht erfüllten Vertrages.

Was hierbei vorerst von der Meinung zu halten sey, „der Verklagte müsse, um seiner Entgegnung des nicht erfüllten Vertrages Berücksichtigung zu verschaffen, speciell angeben, in welchen Stücken der Kläger den Vertrag unerfüllt gelassen habe“ [14]), folgt ohne Schwierigkeit aus den prozeßrechtlichen Grundsätzen über Klagfassung und Einredestellung.

Erzählt der Kläger, wie er als rechtlicher Mann muß, den Vertrag der Wahrheit getreu, so wird er die ihm obgelegenen gleichzeitigen oder Vorausleistungen mit erwähnen, oder sie folgen aus der Natur des Vertrages schon von selbst, und es kann dann der Fall, in welchem der Verklagte, der vom Kläger gebrauchten allgemeinen Behauptung: „seiner Seits Pflichten erfüllt zu haben“, gegenüber, die unerfüllt gebliebenen Dinge speciell erst nennen müßte, gar nicht vorkommen; denn die Erzählung des Vertrages wird die klägerischen Pflichten schon bezeichnet haben. Verschweigt dagegen der Kläger seine Pflichten, von denen die Pflichten des Verklagten dem Vertrage nach abhingen, so läßt es sich zwar recht gut denken, daß die Klage unter Umständen ihrem Vortrage zufolge dennoch schlüssig erscheint, weil die verschwiegenen Vorleistungen aus ihr nicht kundbar wurden; allein schützt hierauf der Verklagte die exceptio rei non sic sed aliter gestae, nämlich den Einwand vor, „der Kläger habe den Vertrag nicht wahrhaft erzählt, die Pflicht des

14) cf. Heerwart l. l. S. 337. u. Note 7. ibid. Quistorp l. l. S. 192. 193.

Verklagten sey erst von der und der klägerischen Leistung abhängig gemacht worden," und erweist sich sodann im Verlaufe des Prozesses die Wahrheit dieses Einwandes des unwahrhaften Klagvortrages: so muß der Kläger, weil er das klagend angebrachte Recht nicht besitzt, abgewiesen werden. Die Nennung der speciellen klägerischen Leistungen geschieht vom Beklagten hier keinesweges, um etwa der Einrede des nicht erfüllten Vertrages Berücksichtigung zu verschaffen, sondern um zu zeigen, wie der Kläger das angebrachte Klagrecht nicht besitze. Bei der exceptio rei non sic, sed aliter gestae wird die Thatfrage, ob der Kläger die verschwiegenen Leistungen schon erfüllt habe, gar nicht wesentlich; es genügt vielmehr, die Unrichtigkeit des Klagvortrages gegenzubeweisen, indem sich aus diesem Gegenbeweise schon ergiebt, daß dem Kläger das angebrachte Klagrecht gar nicht zusteht; die Verweisung des Klägers auf seine Vorleistung erscheint demnach auch hier gar nicht als die exceptio implementi unserer Betrachtung.

Die allgemeine Behauptung des Klägers, „seiner Seits Pflichten erfüllt zu haben," vermag mithin nur dann die Wirkung der Schlüssigkeit des Klagvortrages zu erzeugen, wenn sie sich auf die vorausgegangene Aufzählung der klägerischen Leistungen stützt, von denen die Pflicht des Verklagten abhing, in welchem Falle dann der Verklagte, aber offenbar nur litem contestando, nicht excipiendo, in seiner Antwortsschrift auf die Klage zu sagen hat, es sey wahr oder nicht wahr, daß der Kläger auch die und die der angegebenen Leistungen schon erfüllt habe.

Warum Herr Heerwart l. l. S. 336. an der Befugniß des Richters, eine gleich anfänglich rücksichtlich der dem Kläger obgelegenen Vorleistungspflichten erkennbar (wie ich dieses meine, lehrt das so eben Gesagte) unschlüssig gefaßte Klage von Richteramtswegen zurückzuweisen, zu zweifeln scheint, sehe ich nicht ab. Hängt die Pflicht des Ver-

klagten von einer bekannten Vorleiſtung des Klägers ab, ſo iſt der Klagantrag unverbindlich, ſobald er die Erfüllung jener Vorleiſtungspflicht nicht behauptet; der Richter darf demnach niemals eine Verurtheilung des Verklagten darauf ſtützen, weil er auf unverbindliche Klaganträge eine Verurtheilung des Beklagten *de jure* nicht ſtützen kann. Fälle der Abweiſung der Klagen aus ſolchem Grunde ſind in praxi nichts Unerhörtes.

Die zweite hieher gehörige Frage: „in welcher Prozeßinſtanz die exceptio non adimpleti contractus mit Wirkung noch vorgeſchützt werden dürfe?“ beantwortet ſich nach folgenden Unterſcheidungen. Da die exceptio non impleti contractus nur Ableugnung des Klagrechtes bildet, ſo muß — nach den Grundſätzen, welche einen formell nicht begründeten Klagantrag ſelbſt nach geführten Beweiſen angebrachter Maaßen noch verwerfen heißen — die Rüge, „der Klagantrag entbehre des ihn zu einem ſchlüſſigen, erhebenden Grundes der Erfüllung der bekannten Vorleiſtungspflicht des Klägers“, der Klage bis zum Endbeſcheide noch gefährlich werden können; nach rechtskräftigem Endbeſcheide aber iſt ſie wirkungslos und unzuläſſig, weil die mangelnde Erwähnung der Vertragserfüllung von Seiten des Klägers eine unheilbare Nichtigkeit der Prozeßverhandlung nicht erzeugt [15]).

Enthielt dagegen die Klage die Behauptung der klägeriſchen Vertragserfüllung, und wurde ſie ſpäter, obſchon geleugnet und nicht erwieſen, dennoch in der rechtskräftigen definitiva für erwieſen angenommen, oder der Mangel ihres Beweiſes bei der Verurtheilung des Verklagten unberückſichtigt gelaſſen, ſo ſteht der Rüge der klägeriſchen Nichterfüllung des Vertrages die exceptio rei judicatae entgegen, weil es in dieſem Falle an einer Entſcheidung über ihren Einfluß

15) Heerwart l. l. S. 352. sub lit. b. Quiſtorp II. Bem. 53. Not. * S. 195. Stryk us. modern. Lib. 19. tit. 1. §. 2. N. 2.

auf die Statthaftigkeit der Klagfoderung nicht mangelt. Aus dieſen Gründen kann ich der Meinung, daß die exceptio non impleti contractus in der Executionsinſtanz mit Wirkung noch gebraucht werden dürfe, nicht beiſtimmen.

§. 5.

Wenn genügt es für die Begründung des Klagrechtes, zur Gegenleiſtung ſich nur zu erbieten?

Im §. 3. wurde, zur Gegenleiſtung ſich nur erboten zu haben, nur bei den dort sub 2. bezeichneten Fällen als zu dem Klaggrunde gehörig angeführt. Die Gründe hiervon beſtehen in folgenden Ueberlegungen, die zugleich auch die Art und Weiſe, wie dieſe Offerte geſchehen müſſe, und was ſie wirke, charakteriſiren. Da in den Fällen der Class. B. vice versa jede Leiſtungspflicht durch die andere bedingt wird, und deshalb diejenigen Leiſtungen hieher zu rechnen ſind, welche ſogenannt Zug um Zug gehen, ſo genügt es in ſolchen Fällen zur Klagbarkeit der gegenſeitigen Forderungen allerdings, wenn der Kläger, zur Erfüllung ſeiner Pflichten unter der Bedingung ſich erboten zu haben, daß der Gegner auch erfülle, im Klaglibelle behauptet, und dieſe Offerte im Klaglibelle wiederholt, eine Wiederholung, welche darum nicht fehlen darf und durch die vor der Klagerhebung geſchehene Offerte nicht beſeitigt wird, weil ſie erſt das Daſeyn der zum Klaggrunde gehörigen Leiſtungswilligkeit des Klägers erſchöpft, und von einer mora accipiendi auf Seiten des Verklagten hier, wo der Kläger ſelbſt ſeine Leiſtung von dem Beklagten früher gar nicht angenommen haben wollte, bis auch er, der Kläger, die Gegenleiſtung empfangen habe, gar nicht die Rede ſeyn kann. Dieſes Erbieten im Klaglibelle kann jedoch begreiflich nur ſo viel wirken, daß die Verurtheilung des Verklagten immer nur unter der Suſpenſivbedingung zu verſtehen und resp. zu faſſen iſt, wenn der Kläger ſein Erbieten auch realiſiren werde.

Zu fordern, der Kläger müſſe in ſolchen Vertragsfällen, um ſich Klagrechte zu erwerben, ſeine Pflichten vorher wirklich erfüllt haben, würde dem Kläger mehr aufbürden heißen, als ihm der mutuus consensus, welcher auf gleichzeitige, nicht ſucceſſive Leiſtungen ging, zur Contractspflicht geſetzt hatte.

Dagegen iſt es, zur Gegenleiſtung ſich zu erbieten, in den Fällen der Classis A. und C. für die Klagbarkeit der Forderung theils irrelevant — denn dieſe hängt ja bei den Verträgen der Classis A. und C. der letztern, wenn der Kläger der zur Nachleiſtung Verbundene iſt, von einer Gegenleiſtung nicht ab — theils nicht ausreichend, weil daſſelbe in den Fällen der Classis C. die Forderung desjenigen Klägers, welcher die Pflicht zur Vorleiſtung hatte, zu einer klagbaren regelmäßig nicht zu erheben vermag, indem der Vertrag die Pflicht zur Nachleiſtung nicht blos von dem Erbieten des Gegentheiles zu ſeiner Vorleiſtung, ſondern von der Vorausleiſtung ſelbſt abhängig machte. Nur der Fall der mora accipiendi auf Seiten des zur Nachleiſtung Verbundenen macht eine Ausnahme von der Unzulänglichkeit des Erbietens, jedoch in der That auch nur eine ſcheinbare, weil dann die zurückgewieſene Offerte der wirklichen Vorausleiſtung gleich geachtet, und dieſe letztere als geſchehen betrachtet wird [16].

Später, wo ich anſcheinend widerſprechende Geſetze beurtheilen werde, wird ſich hier alles noch mehr beſtätigen.

Wenn nun in dem Falle der mora accipiendi auf Seiten des Verklagten die Klage ſchlüſſig erſcheinen ſoll, ſo muß begreiflich der Libell die Behauptung der früher gehörig geſchehenen, aber zurückgewieſenen Oblation enthalten.

---

16) l. 72. §. 3. D. de solut. et liberat. 46, 3. l. 39. D. de reg. jur. Man vergleiche hieher auch Schweppe l. l. §. 427 Bd. III S. 129

Sich erst im Klagvortrage zur Gegenleistung zu erbieten, ist völlig wirkungslos. Diese Offerte ist in der That mehr nicht, als das Versprechen, seine Pflichten erfüllen zu wollen, ein Versprechen, welches bei Eingehung des Vertrages schon gegeben wurde, unerfüllt aber eben dem Kläger das Recht zur Einforderung der Gegenleistung entzieht. Mit der Klage kömmt auch jedenfalls die Offerte zu spät, da die Klagbarkeit einer Forderung nicht davon abhängt, was die Klage erst thut, sondern was vor ihrer Erhebung schon geschehen ist. Man könnte erwiedern, in der Klage zur Gegenleistung sich zu erbieten, sey mindestens dann nothwendig und resp. hinreichend, wenn es sich im Prozesse nicht um die Einforderung einer concreten Gegenleistung, sondern um die Anerkennung des zweiseitigen Vertragsverhältnisses, welchem der Verklagte ganz widerspreche, handele; allein in diesem Falle ist, zu erwähnen, der Kläger sey, seine Pflichten zu erfüllen, erbötig, mindestens völlig überflüssig. Schon die Erzählung des Vertrages begründet die Schlußbitte: den Verklagten zu verurtheilen, er sey — wenn er der zur Nachleistung Verbundene ist — gegen die Erfüllung von Seiten des Klägers seinen Contractspflichten zu genügen, oder — wenn er die Vorleistungspflicht hat — überhaupt seinen Pflichten nachzukommen schuldig.

§. 6.

Frage nach dem zur Vorleistung verpflichteten Contrahenten und den zu Classis A. und B. gehörigen Geschäften.

Aus dem Bisherigen wird sich ergeben haben, daß die Beachtung des, meiner Meinung nach in der Doctrin über die exceptio non impleti contractus nicht genug gewürdigten, Unterschiedes zwischen der Vor- und Nachleistungspflicht der Paciscenten für den Gegenstand unserer Betrachtung von ganz besonderer Wichtigkeit sey; ich muß mich daher vorzugsweise noch mit der Antwort auf die Frage

nach dem zur Vorleiſtung pflichtigen Contrahenten beſchäftigen.

Die Frage: wer bei Bilateralcontracten die Pflicht zur Vorleiſtung habe? und: bei welchen dieſer Verträge eine ſolche Pflicht ſich gar nicht finde? entſcheidet ſich aus der Art des Vertrages und den Sachverhältniſſen, die leicht erkennen laſſen werden, ob eine Leiſtung und welche der andern auf die geſchilderte Weiſe erſt zur Bedingung diene; was auch von der Unterſuchung gilt, ob das Geſchäft zu Classis B. gehöre oder nicht. Dieſe Fragen ſind immer quaestiones facti, nicht juris. Man muß dieſe Fragen als quaestiones juris betrachten, wenn man den Rechtsſatz aufſtellt, bei Bilateralcontracten ſey immer die Leiſtung des einen Contrahenten durch die des andern bedingt. Iſt jedoch dieſer Satz in der aufgeſtellten Allgemeinheit rechtlich nicht begründet, ſo muß die Frage nach der beſprochenen Bedingtheit oder Unbedingtheit der zweiſeitigen Leiſtungen, lediglich nur von dem Inhalte des mutuus consensus abhängig, als eine quaestio facti ſich darſtellen.

Stehen beide Leiſtungen in einem ſolchen Relationsverhältniſſe der Natur der Sache nach nicht, ſo muß man auch nach dieſer Natur des abgeſchloſſenen Vertrages die Pflicht zu denſelben als von einander unabhängig, den Vertrag folglich als zu Class. A. gehörig, anſehen. Ich kann insbeſondere nicht zugeben, daß die Rechtsregel: „in Fällen, wo die Art des Vertrages die Vorleiſtungspflicht nicht beſtimme, ſey derjenige zur Vorleiſtung verbunden; welcher ſeiner Seits aus dem Bilateralcontracte klagen wolle“ [17], geſetzliche Begründung für ſich in Anſpruch nehmen könne. Mit dieſer Rechtsregel würde freilich ſofort mein aus den Grundſätzen über Klagfaſſung und Willensfreiheit bei Verträgen abgeleitetes Raiſonnement bis auf diejenigen Fälle widerlegt werden, in

17) cf. v. Wening-Ingenheim l. l. III. §. 84. Schweppe l. l. ed. IV. §. 427.

denen der Kläger der zur Nachleiſtung contractlich Verpflichtete iſt; denn in allen übrigen Fällen würde der Kläger immer ex lege der zur Vorleiſtung Verbundene ſeyn, alſo auch die Erfüllung dieſer Vorleiſtungspflicht in der Klage anführen und beweiſen müſſen.

Dieſe Regel hat nun aber im Allgemeinen ſchon gegen ſich, daß die Rechte und Pflichten der Contrahenten, als ſolchen, gegen einander durch den Inhalt des betreffenden Contractes, keineswegs durch die zufällige Vertheilung der Partheirollen zwiſchen denſelben im Falle des aus dem Contracte entſtehenden Rechtsſtreites beſtimmt werden. Der Prozeßweg dient ja nur dasjenige Recht geltend zu machen, was ohne und resp. vor dem Prozeß in Folge des Vertrages ſchon beſtand, nicht aber dieſes Recht, die Vertragsrechte gleichſam ergänzend, erſt zu ſchaffen.

Zur Vertheidigung jener Regel citirt man l. 13. §. 8. l. 25. D. 19, 1. und l. 14. D. 47, 2.

Das erſtere Geſetz iſt, gleich dem letztern, wie ſich ſpäter ergeben wird, von dem Falle einer aus der Natur des Contractes fließenden Vorleiſtung zu verſtehen, mithin für jene Regel kein tauglicher Beleg. Meint man, dieſe beiden Geſetze beſtätigten das jus retentionis rei venditae pretio non soluto auf Seiten des Verkäufers, und findet man in dieſem Rechte überhaupt den Satz, daß der petitor nur, wenn er ſeiner Seits Verbindlichkeiten erfüllt habe, zu petiren befugt ſey, ſo generaliſirt man mit Unrecht ein Verhältniß, welches, wie die Folge zeigen ſoll, nur in den ganz eigenthümlichen Contractsrechten des venditor gegen den emtor ſeine ganz ſpecielle Begründung hat. Das zweite Geſetz legt dem Verkäufer als Kläger keineswegs Pflichten rückſichtlich der Begründung ſeines Klagrechtes durch Vorleiſtungen auf, es weiſ't denſelben vielmehr ope exceptionis ab, eine exceptio, die — wie ſich in der Folge ebenfalls klärlich zu Tage legen ſoll — eine eigentliche Einrede iſt. Die l. 25. beſtimmt demnach über das, was zum Klaggrunde zu rech-

nen ſey, gar nichts, mithin auch nichts über die Vorleiſtungspflicht des Klägers; ſie ſpricht nur über ein, eine Einrede gebärendes, Verhalten. Ich verſpare die ſpeciellere Beurtheilung dieſer drei Geſetzesſtellen bis dahin (§. 8. not. 19. §. 9. 10.), wo ich in anderer Beziehung von ihnen ausführlicher reden muß.

§. 7.

Reſultate aus §. 2. bis 5. mit Rückſicht auf den Executivprozeß.

Die kurz zuſammengefaßten Reſultate des Geſagten, insbeſondere in ihrer Anwendung auf die Modalität der Executivklage aus zweiſeitigen Verträgen, beſtehen in Folgendem:

a. In den Fällen der Classis A. und C. — der letztern Claſſe jedoch nur, wenn der Kläger der zur Nachleiſtung verpflichtete Contrahent iſt — giebt es die Einrede des jenſeits nicht erfüllten Vertrages in der Maaße, wie die §. 1. citirten Schriftſteller ſie annehmen, gar nicht; in dieſen Fällen hat daher der Kläger zur Statthaftigkeit der Executivklage mehr nicht, als den behaupteten Contract nach den Regeln des Executivprozeſſes liquid zu machen.

b. In den Fällen der Classis B. muß der Executivkläger entweder in der Klage, daß er vollſtändig geleiſtet, anführen und durch Urkunden beweiſen, oder er muß ſich mindeſtens zu der ihm obliegenden Leiſtung unter der Bedingung der auch von dem Gegner erfolgenden Leiſtung documentirlich erboten haben, und dieſe Offerte im Klaglibelle wiederholen, weil dieſe Umſtände hier zum Klaggrunde gehören.

c. In den Fällen der Classis C. bedarf es von Seiten desjenigen Klägers, welcher zu der Vorleiſtung verbunden iſt, zur Statthaftigkeit der Executivklage des Anführens und regelrechten Nachweiſes, daß der Kläger ſeine Vorleiſtung wirklich vollſtändig erfüllt habe, oder

von dem Verklagten damit zurückgewieſen worden ſey, daher der Verklagte in mora accipiendi ſich befinde, allerdings, weil alles dieſes zum Klaggrunde zu rechnen iſt.

d. Es ergiebt ſich, daß die beſprochene exceptio non impl. contr. nur in den ſo eben sub b. und c. erwähnten Fällen vorkommen könne, daß ſie aber auch in der That nicht eine eigentliche Einrede, ſondern vielmehr recht eigentlich nur die Ableugnung einer zum Klaggrunde gehörigen Thatſache bildet [18]).

e. Endlich erhellet auch noch, daß die Grundſätze über die Willensfreiheit der Contrahenten der Rechtsregel, bei Bilateralcontracten ſey die Leiſtung des einen Contrahenten immer durch die des andern bedingt, in der geſtellten Allgemeinheit das Wort nicht reden, daß dieſe Regel vielmehr nur in den Fällen der Classis B. und denen der Class. C. rückſichtlich der von der Vorleiſtung bedingten Nachleiſtungspflicht, Realität habe.

Cap. II.

Prüfung der Reſultate des Cap. I. nach den ſpeciellen hierher bezogenen Geſetzen.

§. 8.

Exegeſe dieſer Geſetze.

Führen die Grundſätze über die Willensfreiheit der Contrahenten und die Klagfaſſung zu den in dem Vorigen entwickelten Sätzen, ſo kann es ſich nur noch darum fragen,

---

18) cf. Gönner Handbuch des Proz. II. Bd. Abtheil. 34. §. 2., dem ich jedoch mit Heerwart aus den §. 4. oben entwickelten Gründen nicht beiſtimmen kann, wenn er der Meinung iſt, der Klagvortrag könne aus der Vertheidigung des Verklagten ergänzt werden.

ob die positiven Bestimmungen, aus denen man die exceptio non adimpleti contractus, überhaupt den Satz ableitet, daß bei Bilateralcontracten die Leistung des einen Contrahenten immer durch die des andern bedingt sey, zu andern Resultaten nöthigen? Ein Gesetz, welches den Abschluß zweiseitiger Verträge, bei denen die erwähnte gegenseitige Bedingtheit beider Leistungen nicht statt finden solle, verböte, ist niemals gegeben worden; es ist daher nur zu untersuchen, ob Gesetze die Vorschrift bestätigen, daß jene gegenseitige Bedingtheit, sobald sie ausdrücklich im Vertrage nicht ausgeschlossen worden ist, ein naturale der Bilateralcontracte bilde.

Es kommen hier folgende Gesetzstellen in Rede:

l. 13. §. 8. l. 25. D. de act. emt. 19, 1. — l. 31. §. 8. l. 57. D. de aedil. edict. 21, 1. — l. 5. §. 4. D. de dol. exc. 44, 4. — l. 22. D. de hered. vend. 18, 4. — l. 21. Cod. de pactis. 2, 3. — l. 5. Cod. de eviction. 8, 45.

Die Heerführer unter diesen Gesetzstellen sind:

l. 13. §. 8. und l. 25. D. 19, 1.

dieselben, welcher im §. 6. schon gedacht und deren Erklärung hieher verspätet wurde. Die l. 13. §. 8. behandelt den Fall, wenn der Käufer gegen den Verkäufer auf Erfüllung des Vertrages durch Tradition der res vendita klagt, während er das Kaufgeld noch nicht bezahlt hat; und die l. 25. hat den Fall vor Augen, wenn der Verkäufer auf Bezahlung des Kaufgeldes gegen den Käufer Klaganträge stellt, während dem letztern hinsichtlich der Tradition des Kaufobjectes Erinnerungen zur Seite stehen. Erwägt man nun, daß a. schon nach der Natur des Geschäftes, wie sie sich im täglichen Handel und Wandel abspiegelt, und b. nach klaren Gesetzesvorschriften der Käufer, sobald etwas anderes im Contracte nicht ausbedungen wurde, vorerst das Kaufgeld zu zahlen schuldig ist, ehe der Verkäufer die verkaufte Sache ihm zu übergeben die Pflicht hat, so wird man in jenen beiden Gesetzesstellen nur den stärksten Beleg für die Gesetzlichkeit der in Cap. I. entwickelten Theorie erblicken müssen. Würde der

Verkäufer gehalten seyn, die res emta dem Käufer vorher einzuhändigen, ehe derselbe Zahlung leistete, so würde er von dem Augenblicke der Tradition an bis zu dem des Zahlungsempfanges fidem emtoris sequi, also arg. l. 1. D. de reb. cred. 12, 1. dem Käufer, wenn auch noch so kurz, creditiren müssen, eine Creditgebung, wozu kein Gesetz den Verkäufer verpflichtet, und welche weit bedenklicher und gefahrvoller für die Verkäufer wirken würde, als die von Seiten des vor dem Sachempfang zahlenden Käufers für den letztern, weil der Käufer in der gehandelten Sache die Leistungsmöglichkeit auf Seiten des Verkäufers kennt, während der Verkäufer immer unsicher seyn müßte, ob der Käufer das schon Hingegebene auch zu bezahlen vermöge. In diesem Sachverhältnisse liegt der Grund, warum die Gesetze sagen: venditor rem venditam, pretio non soluto, quasi pignus retinet [19]), während sie von dem, wegen nicht erfolgter Uebergabe des Kaufobjectes nicht zahlenden, Käufer keinesweges den Ausdruck gebrauchen, pretium quasi pignus retinet.

Sollte die Behauptung von
Glück Com. Bd. 17. S. 227. 228. (die der eigenen Angabe des Glück l. l. Bd. 16. §. 986. princ. S. 134. widerstreitet)

„der Verkäufer brauche früher nicht zu tradiren, als bis er „volle Zahlung, und der Käufer früher nicht zu bezahlen, „als bis er gehörig tradirt empfangen habe", gesetzlich begründet seyn, so wäre dieses Recht ein Verirbeutel, eine Schraube ohne Ende, die ihres Gleichen in den Verträgen der Classis B. §. 2. nicht findet, weil ja in der referirten Rede des Glück von der einen Seite dasjenige immer schon voraus geschehen seyn soll, was bei den Leistungen, die

19) cf. l. 13. §. 8. cit. l. 22. D. de her. vend. cit. l. 31. §. 8. D. cit. l. 14. §. 1. D. de furtis. 47. 2. (diese im §. 6. erwähnte l. 14.)

Zug um Zug gehen, nur als mit dem reciproco in Einem Zeitmomente zuſammentreffend verlangt wird. Und wollte man auch jene Lehre der ohnendlichen Schraube nur von dem Begehr nach Zug um Zug gehender Leiſtungen verſtanden wiſſen, oder immer nur den Kläger zur Vorleiſtung verbunden achten, ſo ſteht dem entgegen, daß die Geſetze, wie ich im nächſten §. zeigen werde, beim Kaufe auf Zug um Zug gehende Leiſtungen nicht hinführen, auch die Frage der Vorleiſtung nach der Zufälligkeit der Rolle des Klägers oder Verklagten in der That nicht beantworten.

§. 9.

Fortſetzung.

Beweis, daß die Traditionspflicht des Verkäufers durch die Zahlung des Kaufpreiſes geſetzlich bedingt ſey.

Die Geſetze *) ſchreiben auf das Deutlichſte vor, daß der Käufer, wenn etwas anderes nicht ausbedungen wurde, durch Zahlung des Kaufpreiſes dem Verkäufer die Vorleiſtung zu

---

*) l. 11. §. 2. D. de act. emt. 19, 1.
et imprimis ipsam rem praestare venditor oportet, id est tradere, *si modo pretium est numeratum. aut eo nomine satisfactum.*
coll. lege 5. §. 3. D. de verbor. obl. 45, 1.
(wonach *satis accipere* dem *satisfacere* gleich geachtet wird.)
l. 13. §. 8. D.
offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur; et ideo etsi pretii partem offerat, *nondum est ex emto actio.*
l. 57. pr. D. de aedil. edict.
nam et si ex emto dominus agat, *nisi pretium totum solverit, nihil consequetur.*
cf. noch l. 8. in fine Cod. de act. emt. 4, 49.
l. 31. §. 1. in fine D. de reb. cred. 12, 1.
l. 78. §. 2. D. de contr. emt. 18, 1.
l. 31. §. 8. D. 21, 1.
Schweppe röm. Privatr. ed. IV. §. 462. col. §. 463.

machen verbunden sey, ehe der Verkäufer die Pflicht zur Tradition des Kaufobjectes an den Käufer erhalte.

Der Satz, daß die Zahlung des Kaufpreises rechtmäßig die Vorleistung für die Tradition des Kaufobjectes bilde, wird aus l. 25. cit. l. 5. §. 4. cit. und l. 5. Cod. cit., die man für das Gegentheil citirt, eher bestätigt, als widerlegt. In den Fällen dieser Gesetzesstellen wird der das Kaufgeld einklagende Verkäufer in Folge der exceptio mercis non traditae vel doli zurückgewiesen, was bei der für die Gegner allein nur brauchbaren Annahme, die in den genannten Gesetzen erwähnten Einreden seyen blos auf die mora des Verkäufers in der Tradition des Kaufobjectes zu beziehen, gar nicht der Fall hätte seyn können, wenn der Grund der Abweisung der Klage in der Nichterfüllung der Pflicht zur Vorleistung durch Tradition des Kaufobjectes bestanden hätte; denn dann würde die Rüge der Nichterfüllung keine Einrede, sondern die Ableugnung eines zum Klaggrunde gehörigen Umstandes gebildet haben. Die Eigenschaft der fraglichen Rüge als eine Einrede giebt mithin jedenfalls eher einen Beleg dafür ab, daß die Tradition des Kaufobjectes eine Vorleistung des, Zahlung begehrenden, Verkäufers nicht enthalte, als daß sie diesem entgegenstehen könnte. Fragt man nun aber weiter, wie der in den Gesetzesworten gerügte Umstand, daß der Verkäufer nicht tradirt habe, nichts desto weniger, obschon der Verkäufer erst Zahlung zu begehren befugt, ehe er die Traditionspflicht erhalte, dennoch Stoff zu einer Einrede abgeben könne, so erklärt sich in diesem Bezuge alles ganz einfach, sobald man den Inhalt der fraglichen Einrede nur schärfer in das Auge faßt, als die Gegner mir es zu thun scheinen, wenn sie diese Gesetze für die Behauptung, die Tradition sey Vorleistung des auf Zahlung klagenden Verkäufers, citiren wollen. Die Quelle, aus der in den Gesetzesfällen dem Käufer die geltend gemachte Einrede erwuchs, war keineswegs blos und ledig der Kaufvertrag, d. h. das originäre Verhältniß, wie der

Kaufvertrag mutuo consensu es geſchaffen hatte; ſie beſtand vielmehr aus vertragswidrig von dem Verkäufer geſchaffenen, oder ſonſt hinzugekommenen, die Vertragsrechte und Pflichten umgeſtaltenden, concreten factiſchen Zuſtänden, die begreiflich nur als eine eigentliche Exception dem an ſich begründeten Klagrechte des Verkäufers entgegen treten konnten. Es entſteht nämlich in dem Falle der l. 25. cit. die Einrede „si ea pecunia etc.“ aus dem novum emergens: „si uvam legere prohibeatur a venditore“, alſo aus einem contractswidrigen Stören bei Ausübung des Kaufrechtes. Zur Erläuterung dient hier die Bemerkung, daß bei der emtio vindemiae pendentis die Tradition realiter nicht geſchieht, ſondern ſchon durch die in dem Contracte liegende Erlaubniß der lectio uvarum [20]) und in dem negativen Zuſtande der Duldung der lectio erſchöpft wird, das prohibere dieſer lectio mithin, — als ein poſitives, jenes negative Verhalten aufhebendes, factum — nicht ſowohl von der Tradition, als vielmehr von dem Falle des Zurücknehmens des Gegebenen verſtanden werden muß. Die Geſetzesworte: „neque tradita est“, ſtehen dieſer Annahme nicht entgegen, da es in der Sprache der Geſetze überall ſo genommen wird, als ſey vom Verkäufer nicht tradirt worden, ſobald dem Käufer die Sache wieder abgenommen wurde [21]).

Ferner in dem Falle der l. 5. §. 4. cit. erwächſt die fragliche Einrede ebenfalls aus einem novum emergens, der den

---

20) cf. Dionysius Gothofredus ad l. 25. cit. not. f. Schweppe l. c. Bd. II. §. 219. n. 3. S. 29. Man vergleiche über die l. 25. cit. noch: Struben rechtl. Bed. V. Bd. Bed. 98. und Cocceji jus contr. Lib. 18. tit. 1. qu. 6. n. 4. auch ſonſt noch über Tradition: v. Wening-Ingenheim l. c. I. B. §. 172. S. 189. princ.

21) cf. l. 3. pr. l. 11. §. 13. D. 19, 1. l. 29. §. 3. D. de legat. III. l. 23. D. de acq. poss. 41. 2. l. 4. §. 12. D. de usurp. 41, 3. coll. leg. 6. §. 3, 4. l. 85. §. 6. D. de verb. obl.

Contract aufhebenden redhibitio servi [22]) die handgreiflich als ein neues ſelbſtſtändiges factum dem Klagrechte als peremtoriſche Einrede entgegentritt. Die l. 5. Cod. cit. endlich ſpricht — arg. l. 69. §. 5. D. de eviction. 21, 2. l. 1. §. 1. l. 11. §. 15. D. 19, 1. l. 13. §. 6. l. 21. §. 1. l. 39. D. eod. l. 9. Cod. de act. emt. 4, 49. l. 145. D. de reg. jur. Cicero de offic. III. 16. 17. Brunnemann Comment. in Pandect. ad l. 69. §. 5. l. 1. §. 1. l. 19. §. 6. l. 21. §. 1. l. 39. citt. und Comment. in Cod. ad l. 9. cit. und l. 5. Cod. cit. v. Wening-Ingenheim l. l. III. B. §. 379. und wie die verba leg. 9. „a venditore obligata" augenfällig andeuten — unleugbar von der Einrede [23]) des dolus reticentiae venditoris, welcher Einrede auch die l. 41. D. 19, 1. mit den Worten: „ratio improvisi oneris habetur" gedenkt. Denn würde der Verkäufer die durch ihn ſelbſt entſtandene, ihm alſo bekannte, obligatio fundi dem Käufer geſagt, oder der Käufer dieſelbe, auch ungenannt, gewußt haben, ſo würde (nach l. 1. §. 1. l. 145. citt. l. 43. §. 1. D. 18, 1. l. 9. Cod. 4, 49. l. 12. in fine Cod. de contrah. stip. 8, 38. cap. 31. de reg. jur. in 6to) der Verkäufer nicht haftpflichtig geweſen ſeyn. Wollte man entgegnen:

a) die l. 5. Cod. 8, 45. habe den Fall contractlich verſprochener Befreiung des Grundſtückes von der obligatio zum Gegenſtande, daher

b) die Unterlaſſung dieſer Befreiung nicht eine Einrede, ſondern eine Rüge auf Seiten des Käufers erzeugt habe, welche die Nichterfüllung einer Vorleiſtungspflicht des Verkäufers anklage, alſo eine negative Einlaſſung involvire; wogegen

c) die Worte des Geſetzes „doli exceptionem" nicht

---

22) cf. l. 9. D. 4, 7. l. 14. D. de exc. 44, 1. l. 59. pr. §. 1. l. 60. D. de aedil. edict. 21, 1. l. 21. l. 23. §. 1. und 7. l. 57 de eod.

23) cf. §. 9. Instit. de except. 4, 13.

angezogen werden könnten, einmal weil unter dem Ausdrucke „exceptio“ in einer allgemeinen Bedeutung des Wortes, nach l. 2. princ. l. 11. 20. 23. D. de except. 44, 1. pr. Inst. de except. 4, 13. Thibaut Syſt. §. 71. jede Vertheidigung des Verklagten gegen den Klagangriff, mithin auch die Litisconteſtation verſtanden, ſodann weil nach den Grundſätzen über dolus generalis und specialis — cf. l. 2. §. 5. l. 12. D. de exc. doli 44, 4. Thibaut Syſt. §. 1008. Not. 5. ed. 5. — jedes dem Vertrage widerſprechende Verhalten der Contrahenten, überhaupt alles, was der Kläger gegen Recht und Billigkeit fordere, durch die exceptio doli elidirt werde: — entgegnet man dieſes, ſo habe ich hierauf Folgendes zu erwiedern. Vorerſt enthält

ad a) u. c) die l. 5. Cod. cit. keine Sylbe, welche, ſie von einem ſolchen contractlichen Verſprechen zu verſtehen, veranlaßte, während die Bezeichnung des Benehmens des Verkäufers als dolus dafür ſpricht, eine reticentia venditoris zu ſubintelligiren. Wenn auch ſchon eine Forderung gegen Recht und Billigkeit als eine doloſe im weitern Sinne genannt wird, ſo iſt doch dieſer Sinn unverkennbar der uneigentlichere, da der wortgemäßere, natürliche Sinn des Wortes dolus auf ein betrügeriſches Verhalten hindeutet. cf. l. 1. §. 1. D. de dolo malo. 4. 3. In einem Falle nun, welcher durch ſeine deutlich erkennbare Modalität die Hinweiſung nicht enthält, den gebrauchten Ausdruck in der uneigentlichen Bedeutung zu nehmen, entſpricht es gewiß um ſo mehr den Auslegungsregeln, die exceptio doli von demjenigen dolus specialis reticentiae (alſo das Wort dolus in ſeinem natürlichen Sinne) zu verſtehen, worüber ſo viele, ganz ähnliche Sachverhältniſſe behandelnde, Parallelſtellen die mit der l. 5. Cod. gleiche Entſcheidung geben. Mir will es unzuläſſig willkührlich erſcheinen, den Satz, daß der Verkäufer die liberatio praedii ab obligatione contractlich ausdrücklich verſprochen gehabt habe, in die l. 5. Cod. hinein zu denken, obſchon die Entſcheidung des Geſetzes ſich ohne

diesen Zusatz auf dieselbe Weise rechtfertigt, auf welche die übrigen Gesetze den dolus reticentiae venditoris haftpflichtig machen. Sodann würde aber auch

ad b) mit dieser Entgegnung gegen die Cap. I. u. §. 9. entwickelte Theorie gar nichts und überhaupt mehr nicht gewonnen seyn, als daß bei dieser Erklärung der l. 5. Cod. und des Wortes exceptionem in derselben die l. 5. Cod. als Beleg für die diesseitige Meinung, „daß regelmäßig nur gewisse concrete, eigentliche Einreden gebärende, Verhältnisse den Käufer von der Pflicht der Kaufgelderzahlung, als der Vorleistung vor der Pflicht der Tradition des Kaufobjectes, zu entbinden vermöchten, während ohne diese, wenn etwas anderes ausdrücklich nicht bedungen, der Käufer erst zahlen müsse, ehe er die Tradition der erkauften Sache begehren könne", nicht zu benutzen sey, indem die l. 5. Cod. dann von einer Vorleistung des Verkäufers verstanden werden müßte. Die l. 5. Cod. in dieser Weise erklärt, giebt jedoch nichts desto weniger eine Stütze für die diesseits Cap. I. entwickelte Theorie, da sie dann als gesetzlicher Beleg für den Satz erscheint, daß die Vorleistung die Nachleistung bedingt, woraus vernünftiger Weise von selbst folgt, daß die Pflicht der Vorleistung von der Erfüllung der Nachleistung nicht abhängig seyn könne.

Es geht mir ja überdieß gar nicht bei, zu behaupten, daß der Verkäufer zu einer Vorleistung vor dem Zahlungsempfang die Pflicht gar nicht besitze. Siehe unten Note 24. Der Satz, daß unter Umständen, welche eine Einrede erzeugen, die exceptio mercis non traditae sich denken lasse, obschon die Zahlung des Kaufpreises regelmäßig vor der Tradition des Kaufobjectes geschehen müsse, bedarf in der That zu seiner Rechtfertigung gar keiner gesetzlichen Belege; er folgt aus der Befugniß zur Stellung der in facto begründeten Einreden von selbst.

Führen also dem Gesagten zufolge die leges 25. cit. 5. §. 4. cit. und 5. cit. zu der Erkenntniß, daß nicht die bloße

mora des Verkäufers bei der Tradition des Kaufobjectes die in ihnen dem Käufer geſtatteten Einreden begründete, ſondern daß dieſe aus Handlungen geboren wurden, welche eigentliche Einreden erzeugten, ſo iſt mindeſtens einleuchtend geworden, daß aus dieſen Geſetzen die Pflicht des Verkäufers zur Vorleiſtung durch Tradition nicht im geringſten zu folgern ſtehe, wenn auch aus ihnen eine Beſtätigung meiner gegentheiligen Meinung nicht zu entnehmen ſeyn ſollte [24]).

§. 10.

Fortſetzung der Exegeſe der Geſetze.

Iſt nun nach §. 8. und 9. der Käufer regelmäßig der zur Vorleiſtung durch Zahlung Verpflichtete, ſo gehört auch die Thatſache, daß er das Kaufgeld gezahlt habe, zu dem, den Verkäufer zur Tradition verpflichtenden, Klaggrunde der actio emti, und es erklären ſich hiernach ganz einfach und wortrecht die verba legis 13. §. 8. D. 19, 1. „nondum est ex emto actio“, mit welchen Hr. Heerwart l. 1. S. 344 Schwierigkeiten gehabt hat. Daß in andern Geſetzſtellen ähnliche Ausdrücke von dem Falle des Ausſchluſſes der Klage mittelſt einer Einrede gebraucht ſeyen, kann nicht nöthigen,

---

24) Ich behaupte keineswegs, daß der Verkäufer immer nur der zur Nachleiſtung Verbundene ſey; auch er hat Vorleiſtungen, z. B. die Leiſtung des Daſeyns einer contractlich qualificirten merx l. 41. D. de contr. emt. 18, 1. l. 1, l. 52. §. 1. D. 19, 1. l. 61. D. de aedil. edict. 21, 1.; allein nur die Tradition dieſer merx bildet ohne desfallſige beſondere Verabredung keine Vorleiſtung. Die exceptio reticentiae venditoris rügt zwar, daß der Verkäufer ſeiner Vorleiſtungspflicht rückſichtlich des Daſeyns einer contractlich qualificirten merx nicht genügt habe, bildet aber dennoch ob dolum reticentiae eine eigentliche Einrede. Denn der Verkäufer gab die Sache, ſey es nun ausdrücklich, oder doch ſtillſchweigend durch Verſchweigung der Laſt, für contractlich aus, ohne daß ſie es war. Dieſes täuſchende Benehmen involvirte mehr, als die bloße Nichterfüllung des Vertrages.

jene Geſetzesworte immer und insbeſondere hier, wo der natürliche Sinn derſelben dem Verhältniſſe ſo völlig entſpricht, in einer uneigentlichen Bedeutung zu verſtehen. Mit der lex 13. §. 8. cit. ſind zugleich auch l. 31. §. 8. l. 57. D. citt. 21, 1. l. 22. D. cit. 18, 4. und l. 14. §. 1. D. de furtis 47, 2. erklärt, da auch ſie nur von dem Falle der Vorleiſtung durch Zahlung des Kaufpreiſes ſprechen.

Die l. 25. D. cit. 19, 1. l. 5, §. 4. D. cit. 44, 4. und l. 5. Cod. cit. 8, 45. anlangend, ſo iſt es wiederum eine ganz natürliche Folge der ihnen unterliegenden Sachverhältniſſe (bei welchen es ſich rückſichtlich des Klägers — ſiehe §. 9. — um keine ihm obgelegene Vorleiſtung fragt), daß dem an ſich ſchlüſſigen Klagantrage exceptionis ope begegnet wurde, daher die Ausdrücke jener leges: „exceptione uti poterit“ — „mercis non traditae exceptione sumovetur“ — „doli exceptionem opposueris“ einen über die Frage der bisherigen Unterſuchung ſehr Licht verbreitenden Gegenſatz von dem „nondum est ex emto actio“ der lex 13. §. 8. cit. bilden.

Was endlich die l. 21. Cod. cit. 2, 3. betrifft, ſo kann man nicht verkennen, wie richtig es ſey, wenn Hr. Heerwart l. l. S. 347. Note 18. dieſelbe von der Zurückhaltung einer Gegenleiſtung gar nicht verſtanden wiſſen will. Sie erklärt ſich aus der altrömiſchen Eigenthümlichkeit der transactio als pactum nudum, bei welchem nur durch Erfüllung die Klagbarkeit mittelſt der actio praescriptis verbis entſtehen konnte, wenn eine causa civilis zu der transactio nicht hinzugekommen war. Hr. v. Wening-Ingenheim bringt l. l. III. Buch §. 195. not. o. u. §. 197. not. k. u. p. die l. 21. Cod. cit. in die rechte Beziehung.

§. 11.

Folgerungen aus §. 8. — 10.

Daß nun aus Geſetzen, welche dem zur Vorleiſtung verbundenen Kläger wegen nicht erfüllter Vorleiſtungspflicht

die Klage auf Einforderung der Nachleiſtung verſagen, und dem die an ſich klagbare Vorleiſtung einklagenden Verkäufer die Wirkung ſeiner Klage in Folge einer Exception abſprechen, nicht zu ſchließen ſtehe, bei zweiſeitigen Verträgen werde die Leiſtung des einen Contrahenten immer durch die des andern bedingt, dieſes dächte ich, ſey handgreiflich. Die Pflicht zur Nachleiſtung iſt jenen Geſetzen nach allerdings durch die Vorleiſtung bedingt, aber nicht umgekehrt; und wo es, wie in dem letztern Falle und in dem Falle der Verträge der Classis A. §. 2., einer eigentlichen Exception bedarf, um die an ſich klagbare Forderung zurückzuweiſen, da kann von einer Bedingtheit der Klagforderung gewiß nicht die Rede ſeyn.

Dem Bisherigen ganz entſprechend geſtatten

Bülow und Hagemann pract. Erört. I. Er. 23. S. 125. und

Quiſtorp rechtl. Bem. II. Bem. 53. S. 192.

dem Verklagten die exceptio non adimpleti contractus gegen die, ſeine Vorleiſtung einfordernde, Klage keineswegs, weil eben die Pflicht zu dieſer Vorleiſtung von der Nachleiſtung nicht bedingt wird.

(Beſchluß im nächſten Hefte.)

V.

Ueber die Ergebniſſe der legislativen Thätigkeit in Bezug auf Civilprozeßgeſetzgebung und Gerichtsorganiſation ſeit 1830.

Von Mittermaier.

§. I. Einleitung.

Nicht leicht iſt ein Zeitraum reicher an Materialen für die Civilprozeßgeſetzgebung und die damit verwandten Lehren ge-